



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 2/2020

29 février 2020

1. **Ressortissant de pays tiers :** p.1
L'employeur d'un ressortissant de pays tiers doit exiger et vérifier que celui-ci dispose d'une autorisation de séjour. L'engagement d'un salarié en l'absence d'une telle autorisation de séjour et en connaissance de cause de la situation irrégulière ne constitue pas un motif grave justifiant un licenciement avec effet immédiat et rend ce dernier abusif.
2. **Remise du certificat médical dans la boîte aux lettres de l'employeur :** p.3
elle ne prouve pas la réception même du certificat par l'employeur, les termes « *soumettre à l'employeur* » de l'article L.121-6 du Code du travail signifiant que l'employeur soit effectivement en possession du certificat médical.
3. **Résiliation d'un commun accord requalifiée en licenciement du fait de manœuvres dolosives de l'employeur :** p.6
Le licenciement est abusif « *ab initio* » en raison du dol avéré dans le chef de l'employeur.
4. **Droit européen : La portée de la protection contre les rétroactions de travailleurs désavantagés par leur employeur en raison du soutien qu'ils ont apporté à une personne ayant fait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe.** p.7

1. **Ressortissant de pays tiers : L'employeur d'un ressortissant de pays tiers doit exiger et vérifier que celui-ci dispose d'une autorisation de séjour. L'engagement d'un salarié en l'absence d'une telle autorisation de séjour et en connaissance de cause de la situation irrégulière ne constitue pas un motif grave justifiant un licenciement avec effet immédiat et rend ce dernier abusif.**

Arrêt de la Cour d'appel du 16 janvier 2020, n° CAL-00553 du rôle

Par requête en date du 1^{er} août 2018, A a fait convoquer la société anonyme SOC1 S.A. devant le Tribunal du travail aux fins de voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat du 5 juin 2018 et pour entendre condamner son ancien employeur à lui payer les montants suivants :

- Indemnité compensatoire de préavis (2 mois) : 2.772,60 euros
- Dommages et intérêts pour préjudice matériel (6 mois) : 8.317,80 euros
- Dommages et intérêts pour préjudice moral (3 mois) : 4.158,90 euros

Faits

A, de nationalité sénégalaise, a été embauché le 13 juin 2016 en qualité d'« *employé polyvalent de restauration* » par contrat à durée indéterminée à temps partiel (30 heures par semaine) prenant effet le 15 juin 2016.

Par un avenant du 1^{er} avril 2018, la durée du temps de travail est passée à 35 heures par semaine.

A a été licencié avec effet immédiat par courrier recommandé du 5 juin 2018 suite à un courrier du ministère des affaires étrangères du 8 mai 2018 comme quoi A ne disposait pas d'autorisation de séjour.



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.

a. Les arguments du salarié

A conclut principalement à voir déclarer le licenciement avec effet immédiat abusif pour défaut de précision de la lettre de licenciement.

À titre subsidiaire, il contesta la réalité et le caractère sérieux des motifs invoqués et il fut d'avis qu'en tout état de cause, les reproches formulés ne seraient pas suffisamment graves pour justifier un licenciement sans préavis.

A donna à considérer qu'il appartenait à son employeur de vérifier au moment de l'embauche que la personne qu'il recrute dispose de toutes les autorisations nécessaires pour pouvoir travailler en toute légalité dans son entreprise.

Par ailleurs, l'employeur qui engage un salarié qui ne satisfait pas à toutes les exigences de droit de séjour et de travail sur le territoire luxembourgeois serait tenu de procéder à des démarches pour permettre la régularisation de la situation de sa recrue.

Or, en l'espèce, la société SOC1 S.A. se serait désintéressée de la situation de A alors même qu'elle aurait pourtant pertinemment su qu'il était ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne et qu'il disposait d'un titre de séjour italien qui ne lui permettait pas de séjourner au Luxembourg pour une durée supérieure à trois mois.

Cette attitude serait la preuve de l'existence au sein de la société SOC1 S.A. d'une véritable stratégie consistant à recruter délibérément des salariés en situation irrégulière ; A n'aurait en effet pas été un cas isolé.

Le salarié affirma que pour sa part il aurait ignoré le caractère irrégulier de sa situation. Alors qu'il avait procédé à des démarches auprès de l'ADEM, il aurait été d'avis qu'il avait satisfait à toutes les exigences administratives pour pouvoir résider et travailler en toute légalité sur le territoire du Grand-Duché.

Dans ce contexte, A contesta l'affirmation contenue dans le courrier de licenciement selon laquelle la société SOC1 S.A. aurait « une nouvelle fois » dû faire face au défaut d'autorisation de séjour du requérant et qu'elle lui aurait expressément demandé au mois d'octobre 2017 « de mettre à jour » ses papiers.

Jamais, la société défenderesse n'aurait averti A de sa situation irrégulière. Elle aurait au contraire conclu avec lui un contrat à durée indéterminée ne contenant aucune condition de faire des démarches administratives ou de verser des documents supplémentaires. L'avenant conclu près de deux ans plus tard serait tout aussi muet à ce sujet et aucun courrier lui enjoignant de faire des démarches ne lui aurait été envoyé par son employeur non plus.

En fait, A serait lui-même à l'origine de la révélation de sa situation aux autorités. À cet égard le requérant fait exposer que suite à un contrôle opéré par l'ITM à l'automne 2017, la situation irrégulière d'un de ses collègues, un dénommé C aurait été découverte. Alerté par ce qui arrivait à son collègue, A aurait commencé à s'interroger sur sa propre situation et aurait dès lors contacté le Ministère des Affaires étrangères et européennes afin de s'assurer que sa situation était effectivement régulière. Ce sont ses démarches qui auraient déclenché la réaction du Ministère et notamment le courrier adressé à la société SOC1 S.A. qui est invoqué à l'appui de la décision de congédier.

b. Les arguments de l'employeur

La société SOC1 S.A. contesta l'existence d'une quelconque stratégie consistant à embaucher délibérément des personnes se trouvant en situation irrégulière. Elle reconnaît qu'en l'espèce, elle a effectivement engagé A sans ignorer ni sa nationalité ni le fait qu'il disposait uniquement d'un titre de séjour italien. Elle admet également qu'une situation comparable s'est également produite au sujet d'un autre de ses salariés. Il s'agirait cependant des deux seuls cas de ce genre que la société aurait eu à déplorer. Loin d'être la mise en œuvre d'une stratégie, il s'agirait davantage d'une malencontreuse inattention.

Dès qu'elle se serait rendue compte de la situation de A, la société SOC1 S.A. aurait demandé à celui-ci de faire le nécessaire pour régulariser sa situation. Cette demande qui aurait été faite oralement serait cependant restée vaine.

Par ailleurs, le Ministère des Affaires étrangères et européennes ne lui aurait guère laissé de marge de manœuvre. Son courrier du 8 mai 2018 constitue-

rait une mise en demeure de mettre un terme au contrat de travail de A, de sorte qu'elle n'aurait eu d'autre choix que d'obtempérer. Elle aurait dès lors proposé à A de résilier d'un commun accord le contrat de travail, mais face au refus de celui-ci, elle se serait vue contrainte de procéder à son licenciement.

Le congédiement du requérant reposerait dès lors sur des motifs réels, sérieux et graves qui auraient par ailleurs été exposés avec toute la précision requise et nécessaire dans le courrier de licenciement du 5 juin 2018, de sorte que A serait à débouter de l'ensemble de ses demandes.

À titre subsidiaire, la société défenderesse contesta les demandes indemnitaires dans leurs quanta en soutenant notamment que le requérant resterait en défaut de documenter son préjudice.

Jugement du Tribunal du travail

Par un jugement rendu contradictoirement en cause le 27 mars 2019, le Tribunal du travail a retenu le caractère précis des motifs du licenciement.

Il a ensuite décidé que la société SOC1 a embauché le salarié en connaissance de cause de sa situation irrégulière et qu'elle a partant agi avec une légèreté blâmable voire fautive.

Qu'elle ne saurait se prévaloir du moindre grief à l'égard de A de nature à justifier un licenciement.

Au contraire, il résulte des éléments de la cause que c'est l'attitude fautive de la société elle-même qui a conduit à la situation à laquelle elle s'est estimée contrainte de mettre fin en licenciant son salarié.

Par exploit d'huissier du 7 mai 2019, la société SOC1 a interjeté appel du jugement.

Arrêt de la Cour d'appel

a. Quant au bien-fondé du licenciement

D'après l'article L.572-3 (1) du Code du travail :

« L'employeur d'un ressortissant de pays tiers est obligé :

1. *d'exiger que les ressortissants de pays tiers, avant d'occuper l'emploi, disposent d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour et les présentent à l'employeur ;*
2. *de tenir, pendant la durée de la période d'emploi, une copie de l'autorisation de séjour ou du titre de séjour, en vue d'une éventuelle inspection ;*
3. *de notifier au ministre ayant l'immigration dans ses attributions le début de la période d'emploi d'un ressortissant de pays tiers dans un délai de trois jours ouvrables à compter du premier jour de travail du ressortissant d'un pays tiers. »*

L'employeur étant en l'espèce en aveu d'avoir eu connaissance dès la conclusion du contrat de travail de A de la nationalité sénégalaise de A ainsi que de sa situation illégale au Grand-Duché de Luxembourg a partant embauché ce dernier en violation des dispositions légales précitées.

C'est partant à bon droit et pour les motifs retenus par le Tribunal du travail que ce dernier a qualifié le licenciement avec effet immédiat de A d'abusif.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point par adoption de ses motifs.

b. Quant au préjudice matériel

Il est encore à confirmer en ce qu'il a correctement, sur base de l'article L.124-6 du Code du travail et en présence d'un licenciement avec effet immédiat abusif, alloué au salarié une indemnité compensatoire de préavis de deux mois correspondant à la somme de $2 \times 1.386,30$, soit le montant réclamé de 2.772,60 euros.

Abusivement licencié, A a droit en principe à la réparation de son préjudice tant matériel que moral, à la condition cependant qu'il soit avéré et en relation causale directe avec le licenciement abusif, ce qui est contesté par la partie appelante.

C'est par une saine et judicieuse appréciation de la situation financière et personnelle de A suite au licenciement intempestif, que le Tribunal a, à bon escient, retenu pour évaluer le préjudice matériel subi par lui, une période de référence de trois mois lui permettant de retourner en Italie, soit fixé ce préjudice au montant de 4.158,90 euros.

C'est finalement à bon droit compte tenu non seulement de l'ancienneté de service de deux ans du salarié, mais encore de la situation particulièrement pénible pour le salarié et du comportement blâmable de l'employeur, que le préjudice moral a été fixé par les juges de première instance à trois mois, soit au montant de 4.158,90 euros.

Le jugement est partant encore à confirmer sur ces points.

La société anonyme SOC1 S.A. réclame une indemnité de procédure de 750 euros.

La partie qui succombe et qui est condamnée aux frais et dépens de l'instance ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte que sa demande est à rejeter.

C'est à bon droit, au vu des éléments de la cause, que le Tribunal du travail a alloué au salarié pour la première instance, une indemnité de procédure évaluée à 1.000 euros.

2. Remise du certificat médical dans la boîte aux lettres de l'employeur : elle ne prouve pas la réception même du certificat par l'employeur, les termes « soumettre à l'employeur » de l'article L.121-6 du Code du travail signifiant que l'employeur soit effectivement en possession du certificat médical.

**Arrêt N° 05/20 - VIII de la Cour d'appel du 16 janvier 2020 ,
n° CAL-2018-00971 du rôle**

Faits

Par requête du 25 juillet 2016, la salariée A a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée B qui exploite un restaurant, devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour demander à ce que son licenciement prononcé avec effet immédiat soit qualifié d'abusif.

Par jugement du 10 juillet 2018, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement de A justifié et il l'a déboutée de sa demande.

Par exploit d'huissier du 26 juillet 2018, la salariée a relevé appel du jugement précité.

En instance d'appel

La salariée demande à voir déclarer le licenciement avec effet immédiat abusif.

a. Quant à la protection contre le licenciement

Elle reproche à l'employeur d'avoir violé l'article L.121-6 (3)¹ du Code du travail.

La situation de fait à la base du licenciement est la suivante :

Version de la salariée A

En date du 6 mai 2016, à 13.34 heures, A aurait appelé le restaurant et elle aurait parlé au gérant du restaurant pour l'informer qu'elle était incapable de se présenter au travail en raison de son état de santé, ce à quoi le gérant lui aurait conseillé de se rendre aux urgences.

À la sortie de l'hôpital le soir du 6 mai 2016, elle aurait appelé le gérant pour

1) Art. L.121-6 (3) CT : « L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L. 124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail. ... »

l'informer de son certificat de maladie jusqu'au 9 mai 2016 et la femme de ce dernier aurait répondu étant donné qu'il aurait été au volant de sa voiture. Elle aurait informé la femme du gérant de son absence, certifiée par le certificat de maladie. Le 7 mai 2016, vers 11 heures, le témoin C aurait déposé le certificat médical dans la boîte aux lettres du restaurant.

Le 10 mai 2016, A aurait fait déposer un second certificat médical, attestant sa maladie jusqu'au 13 mai 2016 inclus, dans la boîte aux lettres du restaurant et elle aurait à nouveau informé le gérant le 11 mai 2016 de son absence.

En outre, sa co-locatrice l'aurait informée, en présence du témoin C, que le gérant lui aurait dit qu'il savait que les certificats médicaux se trouvaient dans la boîte aux lettres, mais qu'il les y laisserait.

Version de l'employeur

La société B explique à la Cour que la salariée A, engagée en qualité d'ouvrière de petite restauration, aurait fait l'objet d'un avertissement en 2014 aux termes duquel il lui aurait été demandé d'informer l'employeur de ses absences plus d'une heure et $\frac{3}{4}$ avant le commencement de son travail et qu'en cas de défaut d'une information en temps utile de la part de la salariée, l'employeur se trouverait dans l'impossibilité de restructurer son équipe au niveau horaire afin d'assurer le service de la clientèle, ce qui nuirait à son entreprise. Selon l'avertissement, une information tardive de l'absence serait considérée comme une faute de la salariée.

La salariée A aurait constaté une éruption cutanée en date du 4 mai 2016 et l'épouse du gérant l'aurait accompagnée chez un médecin. A aurait dû se présenter à son travail le 6 mai à 14 heures et elle aurait appelé l'employeur à 13.34 heures pour l'informer qu'elle se rendrait à l'hôpital aux urgences et qu'elle ne pourrait venir travailler. Il résulterait d'une pièce

du dossier que l'urgentiste n'aurait été consulté qu'à 17.06 heures.

Selon l'attestation testimoniale du témoin C, A aurait informé l'employeur à 13.34 heures de son absence et de la durée de cette absence ce qui serait impossible au vu de la pièce précitée. Eu égard à l'impossibilité pour la salariée de connaître la durée de son absence pour maladie à 13.34 heures, plainte pour fausse attestation testimoniale aurait été déposée contre le témoin C, mais à l'issue de l'enquête diligentée, l'affaire pénale n'aurait pas eu de suite, le parquet ayant constaté qu'il subsiste un doute quant au véritable déroulement des faits. Ce doute devrait cependant amener la Cour à écarter le témoignage de C.

C aurait encore témoigné du fait d'avoir déposé dans la boîte aux lettres du restaurant le second certificat médical à la date du 10 mai 2016, ce qui constituerait également un mensonge de sa part, dès lors que le certificat en question n'aurait été établi que le 11 mai 2016 par le Dr D.

Selon la société B, la salariée a laissé l'employeur dans l'ignorance des causes de son absence du 6 au 13 mai 2016, ce qui ressortirait de l'attestation testimoniale de E, qui aurait trié le courrier se trouvant dans la boîte aux lettres au cours de la période litigieuse et qui n'aurait pas trouvé de certificat médical de A. Ce ne serait que le 14 mai 2016 que l'employeur aurait reçu les certificats médicaux de la part de la salariée ce qui serait démontré par l'attestation testimoniale de F.

F habiterait l'immeuble dans lequel la société B serait établie et le courrier destiné aux occupants de l'immeuble arriverait dans une boîte aux lettres commune. F aurait trouvé une enveloppe blanche à la date du 14 mai 2016 dans la boîte aux lettres et elle l'aurait ouverte et trouvé les deux certificats médicaux de A.

En application de l'article L.121-6 (1) et (2)² du Code du travail, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnel-

lement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci. Cette information peut être orale ou écrite ou peut être réalisée par la remise du certificat de maladie le premier jour de la maladie ou de sa prolongation. Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

Ce texte fait peser une double obligation sur le salarié. Celle d'informer son patron des raisons de son absence et celle de lui faire parvenir la preuve du caractère justifié de cette absence.

Il appartient au salarié qui conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6 (3)³ du Code du travail de prouver que l'employeur a procédé au licenciement malgré le fait d'avoir été informé de l'incapacité de travail dans les conditions prescrites par les paragraphes (1) et (2) dudit article.

En l'espèce, A se base principalement sur l'attestation testimoniale de C pour établir qu'elle a informé son employeur de sa maladie, ainsi que du prolongement de sa maladie et qu'elle a remis les certificats dans la boîte aux lettres. Elle offre de prouver le respect par elle des obligations lui incombant suivant l'article L.121-6 (1) et (2) par l'audition des témoins C, G et H.

Or, le témoignage de C est d'ores et déjà à écarter, dès lors qu'il est contredit par les pièces et éléments du dossier.

Ainsi, la déclaration de C selon laquelle A a téléphoné à son patron le jour même de la première consultation médicale pour confirmer qu'elle serait en congé de maladie jusqu'au 9 mai 2016 inclus est démentie par sa déclaration lors de son audition par la police le 6 avril 2017 où elle a déclaré : « *Zum Telefonat, welches A mit B am 06.05.2016 gegen 13.00 Uhr geführt hat, kann ich nur angeben, dass ich den Text von B nicht verstanden habe, da A den Lautsprecher nicht eingeschaltet hatte. Ich kann Ihnen jedoch angeben,*

2) Art. L. 21-6. (1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci. L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut-être effectué oralement ou par écrit. (2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

3) Art. L.121-6 (3) CT : « L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail. ... »

dass A während diesem Telefonat zu keinem Augenblick angegeben hat, dass sie bis zum 09.05.2016 krankgeschrieben sei, da sie noch nicht bei einem Arzt vorstellig wurde. A gab am Telefon an, dass sie unwohl sei und einen Arzt aufsuchen würde. Ich begleitete A ins diensttuende Krankenhaus in Luxemburg-Kirchberg. Da die Notaufnahme überfüllt war, saßen wir sehr lange im Warteraum. ».

Quant à sa déclaration selon laquelle elle aurait remis le second certificat médical dans la boîte aux lettres du restaurant à la date du 10 mai 2016, elle déclare devant la police qu'elle s'est sans doute trompée de date. « Ich will angeben dass ich mich wahrscheinlich im Datum geirrt habe. Dies räume ich ein. ».

Quant au témoin H elle a établi une attestation testimoniale en date du 19 novembre 2017 dans laquelle elle déclare que « la déclaration de C ne correspond pas à la vérité et que B ne lui a jamais dit ce que C prétend qu'il aurait dit. ».

Il y a lieu d'observer encore que le fait offert en preuve dans l'acte d'appel selon lequel A aurait appelé son employeur à la date du 6 mai 2016, après avoir consulté le médecin d'urgence pour l'informer de la durée de sa maladie, est contredit par le listing téléphonique de A duquel il ressort que le 6 mai 2016 elle n'a appelé le numéro de son employeur qu'à 13.34 heures.

Enfin, il ressort de l'attestation testimoniale de F qu'elle a retiré les certificats médicaux de la boîte aux lettres à la date du 14 mai 2016.

En tout état de cause, la remise du certificat médical dans la boîte aux lettres du restaurant ne prouve pas la réception même du certificat par l'employeur, les termes « soumettre à l'employeur » de l'article L.121-6 du Code du travail signifiant que l'employeur soit effectivement en possession du certificat médical, ce

d'autant plus qu'en l'espèce, il s'agissait d'une boîte aux lettres commune à l'immeuble.

Il suit de ce qui précède que l'offre de preuve de A est à rejeter et que c'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que l'appelante ne bénéficie pas de la protection édictée par l'article L.121-6 du Code du travail au moment de son licenciement.

b. Quant au licenciement

La précision des motifs

A fait d'abord grief à la juridiction de première instance d'avoir retenu que la lettre de licenciement avait été rédigée dans des termes suffisamment précis.

En l'espèce, la société employeuse se serait limitée à indiquer que la prétendue absence de A aurait perturbé le service et l'organisation du restaurant sans aucune autre précision supplémentaire. Or, A aurait informé l'employeur de son absence et, à défaut d'autres précisions, la Cour ne pourrait vérifier la gravité de la faute reprochée.

La société B fait valoir qu'elle a respecté les prescriptions légales en précisant les motifs avec suffisamment de précision, dès lors que l'employeur aurait indiqué que l'absence injustifiée a fortement perturbé l'organisation de l'entreprise.

L'énoncé des motifs du licenciement doit être suffisamment précis pour permettre au salarié et aux juridictions de vérifier non seulement la réalité des motifs invoqués, c'est-à-dire si les motifs existent et s'ils sont exacts, mais également l'existence d'une cause sérieuse qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation du travail et qui rend nécessaire le licenciement.

Tel que l'ont retenu à bon droit les juges de première instance par une application correcte des principes ci-avant énoncés et par de justes motifs que la Cour adopte, le motif de licenciement tiré d'une absence injustifiée de 7 jours, qui a perturbé le fonctionnement de l'entreprise en raison du fait que la salariée constituait un sixième des ressources humaines, a été énoncé avec la précision requise par la loi.

Le caractère réel et sérieux du licenciement

Selon A, son licenciement est abusif, dès lors que son absence n'aurait pas été injustifiée, la fiche de salaire du mois de mai renseignant deux périodes d'incapacité de A du 6 au 9 mai 2016 et du 10 au 14 mai 2016. Une éventuelle information tardive de l'absence pour maladie ou un dépôt tardif du certificat médical seraient insuffisants pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

L'employeur relève que l'absence injustifiée de A du 6 au 14 mai 2016 constitue un motif réel et sérieux de nature à justifier le licenciement avec effet immédiat, dès lors que la salariée aurait laissé l'employeur dans l'ignorance des causes de son absence du 6 au 13 mai 2016, ce qui aurait constitué une gêne indiscutable au fonctionnement du service du restaurant vu que la salariée représente un sixième de l'effectif de l'entreprise.

À l'instar de la juridiction de première instance et par une motivation qu'elle adopte, la Cour d'appel retient qu'en l'espèce, l'absence injustifiée de A de sept jours constitue une faute grave de nature à avoir ébranlé la confiance de l'employeur et à rendre impossible le maintien de la salariée dans l'entreprise, dès lors que l'absence de l'aide-cuisinière pendant une semaine a nécessairement comporté des problèmes d'organisation de l'entreprise et une redistribution des tâches.

3. Résiliation d'un commun accord requalifiée en licenciement du fait de manœuvres dolosives de l'employeur : Le licenciement est abusif « ab initio » en raison du dol avéré dans le chef de l'employeur.

Arrêt de la Cour d'appel N° 11/20 - III du 13 février 2020,
n° CAL-2018-00225 du rôle

Faits

Au service de la société S1 comme femme de ménage depuis le 11 janvier 2010, la salariée A soutient, qu'en date du 27 août 2015, l'employeur l'a informée de sa volonté de mettre un terme à la relation de travail et qu'il lui a présenté pour signature, au choix, une lettre de licenciement avec un préavis de quatre mois ou une résiliation d'un commun accord ainsi qu'un nouveau contrat de travail avec une société tierce prenant effet au 1^{er} septembre 2015, qu'après avoir refusé toute signature afin de bénéficier d'un délai de réflexion jusqu'au lendemain matin, l'employeur lui a confirmé que, même après signature de la résiliation, il était en mesure d'annuler ledit document le lendemain en cas de besoin.

Au vu de cette promesse, A admet avoir finalement signé tant la résiliation d'un commun accord que le contrat de travail avec la tierce entreprise, la société S2, cette dernière ayant d'ailleurs déjà apposé d'avance sa signature sur ledit contrat.

Dès le lendemain le 28 août 2015, lorsqu'elle s'est présentée au siège de la société intimée afin d'y solliciter l'annulation des documents signés, la société S1 refusait de tenir son engagement.

Faisant valoir que sa volonté n'était pas éclairée et que son consentement n'a pas été donné librement, mais qu'il n'était que le résultat du comportement abusif de l'employeur, A considère que son consentement a été vicié et elle conclut à la nullité de la résiliation, sur base de l'article 1116 du Code civil, pour cause de dol.

Elle soutient à cet égard que les affirmations mensongères de son ancien employeur, lui assurant qu'il n'allait pas s'opposer à la rétractation des documents signés la veille, ont été déterminantes quant à sa volonté de signer la résiliation d'un commun accord.

La société S1 explique que suite à sa décision d'externaliser son service d'entretien et de nettoyage, elle a confié cette mission à la société S2 tout en obtenant de la part de cette dernière l'engagement de reprendre, le cas échéant, à son service les deux femmes de ménage qui travaillaient en son sein et notamment la salariée A.

C'est ainsi qu'après avoir informé sa salariée dès le 25 août 2015 des changements à venir, elle l'a fait convoquer en date du 27 août 2015 en lui présentant les deux options qui s'offraient à elle, à savoir :

- soit être licenciée pour raisons économiques avec un préavis de quatre mois et les indemnités légales en découlant ;
- soit procéder à la résiliation d'un commun accord de son contrat de travail avec signature concomitante d'un nouveau contrat de travail avec la société S2, cette dernière solution assurant à la salariée le maintien de son emploi sans période d'interruption et à des conditions salariales plus avantageuses.

L'employeur explique encore lui avoir remis à cette occasion tous les documents lui permettant d'être pleinement éclairée quant aux options se présentant à elle, à savoir : la lettre de licenciement (non signée), la rupture d'un commun accord, ainsi que le nouveau contrat de travail avec la société S2, ce dernier ayant d'ores et déjà été signé par le futur employeur potentiel afin de garantir à la salariée la sécurité du réemploi proposé. Elle fait par ailleurs valoir que lors de l'entretien, la requérante a eu l'occasion de discuter par la voie téléphonique avec ce dernier.

Considérant avoir pris toutes les précautions nécessaires dans l'intérêt de la salariée, la société S1 conteste toute manœuvre, toute tromperie, tout

mensonge ou silence constitutif d'une réticence dolosive, ainsi que toute intention de nuire de sa part et fait valoir que la salariée a librement choisi la sécurité de l'emploi en apposant sa signature sur les documents dont elle sollicite actuellement la nullité.

Avis de la Cour

Concernant la validité de la résiliation d'un commun accord du 27 août 2015, la Cour relève que l'accord doit être donné librement. Tout accord qui serait obtenu par violence, dol ou erreur, serait en principe nul.

Le vice du consentement peut consister en des pressions ou menaces de l'employeur de contraindre le salarié à accepter cette rupture « négociée » malgré le fait qu'il s'agit d'une convention désavantageuse pour lui, en ce sens qu'elle lui fait perdre des indemnités importantes ; elle peut encore consister en une erreur sur l'objet de l'accord, une méprise du salarié sur les conséquences de l'accord conclu, en ce sens que le salarié ignorait qu'il ne pourrait bénéficier avec certitude des allocations de chômage.

Aux termes de l'article 1116 du Code civil : « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. », avec la considération que le dol peut être constitué par un simple mensonge.

Comme le dol ne se présume pas, la partie qui s'en prévaut doit le prouver.

La salariée doit partant non seulement prouver l'existence des manœuvres dolosives, du mensonge invoqué, mais encore que l'auteur du dol, en l'espèce l'employeur, a agi intentionnellement pour la tromper, et enfin, que ce dol a été déterminant de son consentement,

partant que sans ces manœuvres, sans ce mensonge, elle n'aurait pas signé la résiliation d'un commun accord.

Le juge doit quant à lui, examiner « *in concreto* » quelle a été la liberté de jugement de la salariée ; quelle analyse convenable elle a pu faire, en fonction de sa position dans l'entreprise, de sa qualification, de sa compétence.

Il vérifiera que le consentement de la salariée a été librement obtenu, faute de quoi, il requalifiera cette rupture d'un commun accord en un licenciement (Encyclopédie Dalloz TRAVAIL. contrat de travail à durée indéterminée : vo. Modes de rupture).

En l'espèce, il est résulté des déclarations faites lors de la comparution personnelle des parties que la salariée a été surprise en date du 27 août 2015 par la décision de B, qui s'est présentée en représentation de la société S1, de terminer son contrat de travail soit par un licenciement pour motif économique, soit par une résiliation d'un commun accord, suivie de la signature d'un contrat de travail avec une société S2 ; que la salariée qui a demandé un temps de réflexion jusqu'au lendemain, s'est vu refuser ce délai par B ; que la salariée a signé la résiliation alors que B lui avait indiqué qu'elle pourrait venir la rétracter le lendemain « *je n'étais pas forcément contre l'idée de changer* », que la salariée est revenue le lendemain,

28 août 2015 pour rétracter sa résiliation d'un commun accord, demande qui de toute évidence n'a pas été acceptée par B, puisque la Cour en est toujours saisie.

Il suit des considérations qui précèdent qu'A, dont le statut de femme de ménage au sein de la société S1 ne lui conférait pas forcément les connaissances nécessaires pour évaluer en si peu de temps les conséquences pour elle des deux actes que l'employeur lui demandait de signer, prise de court et sans possibilité de réflexion, mais avec l'espoir qu'elle pourrait revenir sur sa signature le lendemain, ce qui ne fut pas le cas, a subi des manœuvres dolosives, notamment par un mensonge de la part de son employeur qui l'a trompée et dès lors a vicié son consentement.

La Cour tient encore à relever que l'empressément de la société S1 d'externaliser son service de nettoyage, donc de se défaire de ses deux femmes de ménage, s'explique par le fait qu'A, qui se plaignait depuis plusieurs jours d'un mal à l'épaule et qui avait indiqué vouloir consulter un médecin, risquait, en cas de mise en maladie, de compromettre les projets de son employeur.

Finalement et contrairement aux allégations de la société S1, le nouveau contrat de travail qu'A devait signer avec la société S2 ne lui était pas plus favorable. Au contraire, il prévoyait une période

d'essai et une rémunération mensuelle moindre.

Il est encore résulté des éléments de la cause que la société S2 a licencié pendant la période d'essai la collègue d'A et comme elle, anciennement femme de ménage auprès de la société S1.

Cette société S2 a également licencié A qui se trouvait en incapacité de travail.

Il en résulte que tant la société S1 que la société S2 se sont séparées rapidement et à moindre coût des deux femmes de ménage.

Au vu des développements faits ci-avant, la Cour ne tiendra pas compte des attestations testimoniales versées par l'employeur, qui ne sont pas de nature, en présence des déclarations claires et pertinentes faites par B lors de la comparution personnelle des parties, à les contredire.

Il n'y a pas lieu non plus, au vu de la décision prise par la Cour, d'analyser plus à fond le moyen soulevé par la salariée selon lequel elle aurait été en période de maladie au moment du licenciement, donc protégée contre ce dernier.

La résiliation d'un commun accord est partant à requalifier en licenciement, licenciement de surcroît abusif « *ab initio* » en raison du dol avéré dans le chef de l'employeur.

4. Droit européen : La portée de la protection contre les rétorsions de travailleurs désavantagés par leur employeur en raison du soutien qu'ils ont apporté à une personne ayant fait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe.

Arrêt de la Cour (troisième chambre), du 20 juin 2019, Tine Vandebon, Jamina Hakelbracht, Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen / WTG Retail BVBA, C-404/18

Faits et procédure

Mme. Vandebon était employée en Belgique par l'entreprise WTG Retail en tant que gérante d'un magasin de vêtements. Dans ce contexte, elle a fait passer un entretien à Mme. Hakelbracht pour pourvoir un poste de vendeuse à partir du 1^{er} août 2015. Lors de cet entretien, Mme. Hakelbracht a indiqué être enceinte de trois mois.

Selon Mme. Vandebon, la candidate convenait parfaitement au poste vacant, mais en raison de sa grossesse la responsable des ressources humaines de l'entreprise n'a pas voulu l'engager. Mme. Vandebon a donc informé Mme. Hakelbracht que sa candidature n'avait pas été retenue en raison de sa grossesse.

Suite à ce refus, la candidate a déposé, le 26 septembre 2015 une plainte auprès

de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et en a informé l'entreprise WTG Retail.

Mme. Vandebon s'est alors vu reprocher par la responsable de WTG Retail d'être la cause de cette plainte puisqu'elle a informé la plaignante que la raison du refus concernait sa grossesse.

L'entreprise a ensuite contesté formellement d'avoir refusé d'engager Mme. Hakelbracht en raison de sa grossesse auprès de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

Le 6 avril 2016, WTG Retail a résilié le contrat de travail de Mme. Vandebon pour exécution incorrecte des tâches confiées, non-respect des consignes de sécurité, entretien insuffisant du magasin et un manque d'ordre. Le 13 avril 2016, cette dernière a déposé plainte auprès de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et le syndicat auquel était affiliée Mme. Vandebon a contesté lesdits motifs.

Tant Mme. Hakelbracht que Mme. Vandebon ont mis en demeure WTG Retail, par lettre du 10 octobre 2016, de leur verser à chacune une indemnité forfaitaire d'un montant correspondant à six mois de salaire. À défaut d'avoir pu conclure un accord sur ce point, elles ont demandé à l'arbeidsrechtbank Antwerpen (Tribunal du travail d'Anvers, Belgique) de condamner l'entreprise au paiement de cette indemnité.

Mme. Hakelbracht a effectivement été victime d'une discrimination directe fondée sur le sexe, raison pour laquelle la juridiction de renvoi lui a accordé une indemnisation à ce titre.

Mme. Vandebon entend se prévaloir de la protection contre les mesures de rétorsion, garantie à l'article 22, paragraphe 9, de la wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (loi tendant à lutter contre la discrimination entre femmes et hommes), du 10 mai 2007 [Belgisch Staatsblad, 30 mai 2007, p. 29031], ci-après la « loi genre », en faisant valoir être intervenue en tant que témoin dans l'instruction de la plainte introduite par Mme Hakelbracht. Or, selon la juridiction de renvoi, les conditions de la définition légale exigées à cet effet ne seraient pas remplies, étant donné que Mme. Vandebon ne peut présenter aucun document daté et signé relatif à son témoignage.

La juridiction de renvoi se demande, toutefois, si la protection prévue à l'article 22, paragraphe 2, de la loi genre n'est pas plus restreinte que celle instaurée à l'article 24 de la directive 2006/54, dans la mesure où cette protection ne devrait, selon elle, pas être limitée aux seuls témoins officiels, mais devrait

également s'étendre aux personnes qui défendent ou soutiennent la personne ayant introduit une plainte pour discrimination fondée sur le sexe.

Dans ces circonstances, l'arbeidsrechtbank Antwerpen (Tribunal du travail d'Anvers) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Le droit de l'Union et, plus précisément, l'article 24 de la directive [2006/54], doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale en vertu de laquelle la protection contre les rétorsions prévue en faveur des personnes agissant comme témoin est exclusivement accordée aux personnes qui, dans le cadre de l'instruction d'une plainte, font connaître à la personne auprès de qui la plainte a été introduite, dans un document daté et signé, les faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte, ainsi qu'aux personnes qui interviennent en tant que témoins en justice ? »

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

Considérant 23

« Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Un tel traitement devrait donc expressément être couvert par la présente directive. »

Considérant 32

« En raison de la nature fondamentale du droit à une protection juridique effective, il convient de veiller à ce que les travailleurs continuent à bénéficier d'une telle protection même après la cessation de la relation donnant lieu à une violation présumée du principe de l'égalité de traitement. Un travailleur défendant une personne protégée par la présente directive ou témoignant

en sa faveur devrait avoir droit à la même protection. »

Article 2, paragraphe 2, sous c

« tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE »

Article 24

« Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires prévues par la législation et/ou les pratiques nationales, pour protéger les travailleurs, y compris leurs représentants, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement. »

Droit belge

Article 22 de la wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (loi tendant à lutter contre la discrimination entre femmes et hommes), du 10 mai 2007 [Belgisch Staatsblad, 30 mai 2007, p. 29031], ci-après la « loi genre »

« 1. Lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en raison d'une violation de la présente loi survenue dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, l'employeur ne peut adopter une mesure préjudiciable à l'encontre de cette personne, sauf pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

2. Au sens du présent article, une mesure préjudiciable s'entend notamment de la rupture de la relation de travail, de la modification unilatérale des conditions de travail ou de la mesure préjudiciable intervenue après la rupture de la relation de travail. 3. Au sens du présent article, il y a lieu d'entendre par plainte : - une plainte motivée introduite par la personne concernée au niveau de l'entreprise ou du service qui l'occupe, conformément aux procédures en vigueur ; - une plainte motivée introduite par la direction générale contrôle des lois sociales

du service public fédéral emploi, travail et concertation sociale, au bénéfice de la personne concernée, à l'encontre de l'entreprise ou du service qui l'occupe ; – une plainte motivée introduite au bénéfice de la personne concernée par un groupement d'intérêts ou par l'Institut auprès de l'entreprise ou du service qui l'occupe ; – une action en justice introduite par la personne concernée ; – une action en justice introduite au bénéfice de la personne concernée par l'Institut ou un groupement d'intérêts. La plainte motivée visée au premier alinéa, premier à troisième tirets, est datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste, dans laquelle sont exposés les griefs adressés à l'auteur de la discrimination alléguée.

[...]

9. La protection visée dans le présent article est également d'application aux personnes qui interviennent comme témoin par le fait que, dans le cadre de l'instruction de la plainte visée au paragraphe 3, elles font connaître, à la personne auprès de qui la plainte a été introduite, dans un document daté et signé, les faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte ou par le fait qu'elles interviennent en tant que témoins en justice ;

[...]»

Appréciation de la Cour

Il apparaît de la décision de renvoi, que Mme. Vandebon a été renvoyée presque 9 mois après son opposition au refus de l'entreprise WTG Retail d'engager Mme. Hakelbracht en raison de sa grossesse. L'entreprise en question, affirme avoir procédé à ce licenciement pour des

raisons objectives n'ayant aucun lien avec cette opposition, néanmoins la juridiction de renvoi semble partir de la prémisses contraire.

En effet, le fait de ne pas retenir une candidate au motif qu'elle est enceinte doit être considéré comme étant un traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse, qui constitue, conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 2006/54, une discrimination directe fondée sur le sexe.

À cet égard, l'article 24 de la directive 2006/54 impose aux États membres d'adopter des mesures nécessaires pour protéger les travailleurs, ainsi que les représentants de ces derniers, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable de la part de l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

La CJUE estime qu'il découle des termes de l'article 24 de la directive, que **la catégorie de travailleurs pouvant bénéficier de la protection doit être entendue de manière large et comprend tous les travailleurs susceptibles de faire l'objet de mesures de rétorsion prises par l'employeur en réaction à une plainte déposée au titre d'une discrimination fondée sur le sexe, sans que cette catégorie soit délimitée.** Ainsi, conformément à l'article 24, la protection ne se limite pas aux seuls travailleurs qui ont déposé plainte ou à leurs représentants, ni à ceux qui respectent certaines exigences formelles conditionnant la reconnaissance d'un certain statut, comme celui de témoin.

Aussi, faut-il noter, que conformément au considérant 32 de la directive 2006/54, « **un travailleur défendant une personne protégée par [cette] directive ou témoignant en sa faveur devrait avoir droit à la même protection** » que

la personne protégée, même après la cessation de la relation de travail.

Ces travailleurs doivent donc être protégés dans la mesure où ils sont susceptibles d'être désavantagés par leur employeur en raison du soutien qu'ils ont apporté, de manière formelle ou informelle, à la personne ayant fait l'objet d'une telle discrimination.

En outre, il est important que les travailleurs ayant, de manière formelle ou informelle, pris la défense de la personne protégée ou témoigné en sa faveur soient protégés, afin que l'effectivité de la protection contre la discrimination fondée sur le sexe visée par la directive 2006/54 soit assurée.

Décision de la Cour

L'article 24 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle, dans une situation où une personne s'estimant victime d'une discrimination fondée sur le sexe a déposé plainte, un travailleur l'ayant soutenue dans ce contexte est protégé contre les mesures de rétorsion prises par l'employeur seulement s'il est intervenu en qualité de témoin dans le cadre de l'instruction de cette plainte et que son témoignage répond à des exigences formelles prévues par ladite réglementation.